Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Anſicht der Heſſiſchen Obergerichte [152]), daß auch reine Regierungsſachen dann als Juſtizſachen erſcheinen, wenn nur von der Wirkung auf die Rechte Einzelner und von der Entſchädigungspflicht die Rede iſt. Noch weiter iſt das Ober-Appellationsgericht in Wolfenbüttel [153]) gegangen, wenn es die Sätze aufſtellt, daß überall die Polizei der Juſtiz unterworfen ſey, ſo oft ſie mit Privatrechten in Colliſion kommt, und die ſelbſt vor der Rechtshängigkeit von der Polizei getroffenen proviſoriſchen Anordnungen von dem dadurch Beſchwerten zum Gegenſtande richterlicher Entſcheidungen gemacht werden könnten [154]).

(Fortſetzung im nächſten Hefte.)

XX.

Ueber das Weſen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli.

Von Herrn Oberappellationsrath Hänel zu Dresden.

Einleitung.

Im erſten Bande des Archivs für die civiliſtiſche Praxis hat Herr Profeſſor Klien zu Leipzig von der heutigen Anwendung der praktiſchen Reſtitutionen, beſonders in Beziehung auf die actio quod metus causa, gehandelt. Obwohl nun dieſes Rechtsmittel wegen ſeiner Wirkſamkeit gegen den dritten Beſitzer, als eines ihm beigelegten beſonderen Vorzugs, merkwürdig iſt, ſo dürften doch auch die mit ihr verwandten

152) Pfeiffer I. S. 240.

153) Waldeck Controverſen-Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes. I. Th. S. 110. f. auch S. 129.

154) Die damit zuſammenhängende Lehre von den Competenz-Conflicten ſoll im nächſten Hefte erörtert werden.

prätoriſchen Rechtsmittel wegen Betrugs von nicht minderem Intereſſe ſeyn, und eine nähere Beleuchtung, in Hinſicht auf ihren heutigen Nutzen, wohl verdienen. Die actio und exceptio doli ſind diejenigen Elemente des römiſchen Rechts, wodurch daſſelbe ganz vorzüglich mit dem Vernunftrecht ausgeſöhnt, und dem ſtarren Formenweſen des frühern Rechts die Kraft gebrochen worden iſt, — ein klarer Beweis, wie in umgekehrtem Verhältniß mit dem Abnehmen öffentlicher Tugenden und republikaniſchen Freiheitsſinnes, das geſunde Rechtsgefühl in Hinſicht auf Privatverhältniſſe im römiſchen Volke immer mehr ſich ausbildete, eine ratio scripta, welcher vielleicht Mancher, weil die Vernunft ſie einem Jeden ſchon von Natur in das Herz geſchrieben habe, für unſere Zeiten ihren Werth abſprechen möchte, deren Wichtigkeit gewiß Jedem einleuchtet, welchem es nicht verborgen geblieben iſt, wie ſehr oft, in der Theorie, wie in der Praxis, die Anſichten über das, was eigentlich vernunftgemäß ſey, von einander abweichen.

Beide oben genannte Rechtsmittel haben einen gemeinſchaftlichen Urſprung; ſie wurden nämlich vom Prätor im Edikte eingeführt, nachdem es zu fühlbar geworden war, daß die nur auf gewiſſe Arten der Geſchäfte anwendbaren Judicia bonae fidei, und die bei Stipulationen und andern Geſchäften ſtrengerer Form üblichen Clauſeln: dolum malum abesse, abfuturumque esse, welche oft von Unkundigen, oder Unvorſichtigen, oder auch aus beſonderer Achtung gegen den Mitcontrahenten, nicht hinzugefügt wurden, keineswegs hinreichten, um gegen alle mögliche Bosheiten und Schwindeleyen der Menſchen zu ſchützen. Der erſte Prätor, welcher das Edictum de dolo malo bekannt machte, war bekanntlich C. Aquilius Gallus, wie Cicero bezeugt, welcher, nachdem er die Geſchichte von der groben Betrügerei des Pythius gegen den Canius erzählt hat, (de officiis Lib. III. c. 14.) hinzufügt: Stomachari Canius, sed quid faceret? nondum enim Aquillius, collega et familiaris meas, pro-

tulerat de dolo malo formulas. Manche, wie z. B. Hugo in der Geſchichte des römiſchen Rechts, 9te Ausg. pag. 712, wollen zwar das Wort formulae hier anders, nämlich nicht als formulae judiciorum, ſondern als formulae stipulationum [1]), erklären, und behaupten, daß Aquilius Gallus nur die oben erwähnten Clauſeln (cautiones) de dolo erfunden, nicht aber eine neue Klage und Einrede deshalb eingeführt habe. Als Grund dafür führt Bach in der histor. jur. Lib. II. cap. II. Sect. 3. §. 14. not. m. an, daß C. Aquil. Gallus niemals praetor urbanus geweſen ſey. Allein, wenn ſich dies vielleicht auf die Rede pro Cluentio cap. 53. gründen ſoll, wo Cicero ſagt, daß C. Aquilius quaestionem de ambitu halte, und auf die Vorausſetzung, daß der praetor urbanus niemals zugleich quaestiones publicas gehalten habe, ſo iſt die Richtigkeit dieſer Vorausſetzung wohl nicht entſchieden; wenigſtens würde dann auch Cicero ſelbſt, welcher als Prätor die berühmte quaestionem repetundarum wider den C. Licinius Maces führte, nie praetor urbanus geweſen ſeyn. Cicero nennt noch an einem andern Orte, in Topicis cap. 7, den Aquil. Gallus ſeinen Collegen, welches allgemein auf die Prätur bezogen wird [2]). Welcher von ihnen beiden die eigentliche praetura urbana verwaltet habe, darüber fehlt es durchaus an Beweiſen: keine Stelle ſpricht es aus, daß dem Cicero gerade dieſe Prätur zu Theil geworden ſey [3]). Sollte aber Aquilius Gallus auch nur praetor peregrinus geweſen ſeyn, ſo iſt es, da auch dieſer Edikte bekannt machte [4]), gar nicht unmöglich, daß derſelbe auch als praetor peregrinus

1) Cicero de Leg. L. I. c. 4. in f.

2) Zimmern Geſchichte des römiſchen Rechts I. § 77.

3) Man vergl. Cicero pro Cornel. init., pro Rabir. Posth. c. 4, pro L. Manil. c. 1, in Pis. c. 1, ad Att. I. 4, Val. Max. IX. 12. 7. Plutarch Cic. c. 9.

4) Gajus Lib. I. §. 6. Theophil. Lib. I. Tit. 2. §. 7.

die formulas judiciorum de dolo malo eingeführt haben könne, besonders weil dieses neue Institut seiner Natur nach sehr wohl auch für dieses Prätors Geschäftskreis sich eignete [5]). Das Wort protulit, welches an proposuit erinnert, scheint auch nicht wohl auf die stipulationes de dolo zu passen, von welchen eher die Ausdrücke: composuit, invenit, gebraucht seyn würden. Endlich spricht gegen obige Ansicht der Umstand, daß, wie Schweppe in seiner römischen Rechtsgeschichte, 2te Ausgabe §. 526. pag. 759. bemerkt, bei dem Literal-Contrakt, von welchem Cicero de offic. L. III. c. 14. handelt, jene Clauseln wohl überhaupt nicht passend und anwendbar gewesen wären.

Abgesehen aber auch von allen diesen Gegengründen, so gibt Cicero selbst an einem andern Orte die beste und sicherste Auslegung der angeführten Worte, wenn er, de nat. Deor. Lib. III. c. 30, mit Bestimmtheit sagt: Inde everriculum malitiarum omnium, *judicium* de dolo malo, quod C. Aquillius, familiaris noster, protulit. Ich weiß nicht, wie man diese klare und schlagende Beweisstelle für den Satz, daß Aquilius die actio de dolo malo zuerst durch das Edikt eingeführt habe, widerlegen oder auch nur verdächtig machen will. — Etwas zweifelhafter könnte es seyn in Hinsicht der *exceptio* doli, wegen l. 1. §. pen. D. de doli mali except., nach welcher dem Cassius die Einführung derselben zugeschrieben zu werden scheint. Allein dafür ist doch die Stelle nicht entscheidend genug (exceptionem metus Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione): Sie kann sehr wohl auch so verstanden werden: Cassius selbst hatte zwar die *actio* metus, aber nicht die exceptio metus eingeführt, indem er zum Schutze des Beklagten in dergleichen Fällen die exceptio doli, — welche zu seiner Zeit schon im Gebrauche war, — für hinreichend hielt. —

5) Denn auch unter Nichtrömern kamen negotia stricti juris vor. Gajus L. III. §. 93 sqq.

Wenn nun auch ſowohl actio als exceptio doli gleichzeitig entſtanden ſind, ſo haben doch beide in ihrer ferneren Ausbildung und Entwickelung keineswegs gleichen Schritt gehalten, indem der letzteren bald ein weit milderer, auf eine weit größere Zahl von Fällen anwendbarer Begriff des dolus untergelegt, und ſie auf dieſe Weiſe in einen viel ausgedehnteren Kreis praktiſcher Brauchbarkeit eingeführt wurde, als die Klage gleiches Namens. Die Haupturſache dieſer Verſchiedenheit iſt wohl darin zu ſuchen, daß die actio doli gleich Anfangs in das Edikt de his qui notantur infamia, aufgenommen, und eben deswegen mit einem gewiſſen Haß belegt wurde, daher ſie auch der Prätor nur ſubſidiariſch: si alia actio non erit, geſtattete, dahingegen die exceptio doli zwar, weil durch die Beſchuldigung eines Betrugs ſich wohl nie Jemand geſchmeichelt fühlen kann, natürlich auch für etwas Anzügliches — opinionem alicujus apud bonos mores sugillans [6]) — galt, aber doch keine eigentliche infamiam juris herbeiführte. Denn in dem Edikte über die infamia hieß es blos: qui de dolo *damnatus* erit, infamia notabitur, (l. 1. D. de his qui notant. infam.) was nur in Folge der *actio* dieſes Namens möglich war, weil die exceptio kein anderes, als ein abſolutoriſches Erkenntniß begründen konnte. Wegen der Infamie fand auch die actio doli nur propter magnam et evidentem calliditatem, und nur bei Gegenſtänden von einiger Bedeutung, ſtatt, und verjährte auch ſchon in 2 Jahren, was alles bei der exceptio doli nicht der Fall war [7]).

Ich will nun, indem ich dieſe beiden Rechtsmittel, vorzüglich in Hinſicht auf ihren praktiſchen Gebrauch, etwas näher

---

6) Ueber dieſen in l. 4. §. 16. D. de doli mali except. vorkommenden Ausdruck ſ. Bynkershoek observ. L. VI. cap. 25. §. 11.

7) l. 7. §. ult., l. 9. §. ult., l 10, l. 11. pr. D. de dolo malo l. ult. C. eod.

zu beleuchten verſuche, der Natur des Gegenſtandes gemäß, von einem jedem derſelben beſonders, und zwar zuerſt von der actio doli handeln.

A. Von der actio doli insbeſondere.

Nach der Meinung der meiſten Rechtsgelehrten [8]) findet heutzutage die actio doli nur noch außer Contracts-Verhältniſſen ſtatt, als eine Schadenklage gegen Jeden, der, ohne ein Geſchäft mit uns abzuſchließen, ſonſt auf eine unredliche Weiſe uns Schaden zugefügt hat. Zu Begründung dieſes Satzes pflegt man ungefähr ſo zu argumentiren: Bei negotiis bonae fidei, z. B. Kauf, Tauſch u. dergl., habe ſelbſt nach römiſchem Recht keine actio doli ſtattgefunden, weil man hier der Contractsklage auf Wiederaufhebung des Geſchäfts, oder ſonſt auf Leiſtung desjenigen, was Treue und Glaube nach der Natur des Geſchäfts zu leiſten gebietet, ſich habe bedienen können. Bei negotiis stricti juris habe zwar das prätoriſche Edikt die actio doli gegeben, allein, da wir heutzutage keine Stipulationen mehr haben, das Darlehn aber und andere negotia stricti juris des römiſchen Rechts, wie alle andere Geſchäfts-Verhältniſſe, als negotia bonae fidei behandelt werden, ſo ſey auch hier die Contraktsklage an die Stelle der actio doli gekommen, und derſelben, vermöge der ſubſidiariſchen Natur der letzteren, jederzeit vorzuziehen.

Ich will die Richtigkeit dieſer Schlußfolge vor der Hand an ihren Ort geſtellt ſeyn laſſen, und ſogleich bemerken, daß, ſo beſchränkt auch durch ſie die heutige Anwendung der actio doli erſcheint, es doch auch nach ihr, alſo außer Contrakts-Verhältniſſen, noch jetzt der Fälle nicht wenige gibt, wo jene Klage Platz ergreift. Man denke nur z. B. 1) an die in den Lehrbüchern gewöhnlich angeführten Beiſpiele aus l. 9. §. 1, l. 40. D. de dolo malo, l. 47. D. de reg. jur. —, (con-

8) Z. B. J. H. Böhmer de actionib. Sect. II. cap. 5. §. 9. und cap. 11. §. 39. Glück Commentar Th. V. §. 453. p. 515. und §. 455. p. 531.

silium fraudulentum) oder an die commendatio dolosa: l. 7. §. ult., l. 8. D. de dolo malo —, oder endlich an den Fall in l. 12. D. eod. Ferner gehört daher 2) der von Cicero de offic. L. III. c. 15. angeführte, und auch heutiges Tages vorkommende Fall, si emtor licitatorem, qui contra se liceatur, apponat, d. h. wenn ein Kaufluſtiger Einen oder Mehrere anſtellt, um zum Schein bis auf einen geringen Preis mitzubieten, und ſo bewirkt, daß die Verſteigerung, welche außerdem wegen Mangel an Mitlicitanten nicht erfolgt ſeyn würde, wirklich vor ſich gehe, und er die Sache recht wohlfeil erhalte. Da können die colludirenden Mitlicitanten de dolo wegen der Schäden in Anſpruch genommen werden [9]). Ferner 3) wenn ein Contrahent dritte Perſonen anſtellt, um den Mitcontrahenten über die auf das Geſchäft Einfluß habenden Umſtände abſichtlich irre zu führen. (Wie z. B. in dem Falle bei Cicero off. III. 14. die Fiſcher, wenn ſie von des Pythius betrügeriſcher Abſicht unterrichtet waren.) 4) Wenn Jemand ſich für mich oder meinen Bevollmächtigten ausgibt, meine Forderungen einkaſſirt, und in ſeinen Nutzen verwendet. Hier habe ich zwar das Recht, die Zahlung anzufechten, und das Geld von den Schuldnern noch einmal zu verlangen: allein wie nun, wenn die Schuldner unfähig ſind, die Zahlung noch einmal aufzubringen? Nam nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est. Und wenn gleich heutiges Tages bei Entdeckung eines ſo groben Betrügers zuvörderſt mit der Criminal-Unterſuchung verfahren wird, ſo bleibt doch, wenn dieſe keinen Erfolg hat, noch die actio doli gegen ihn im Wege des Civilproceſſes fortzuſtellen übrig [10]).

9) Hingegen wider die vom Verkäufer beauftragten Licitanten, welche nur den Preis in die Höhe zu treiben bezwecken, findet kein Anſpruch wegen Betrugs ſtatt. Geſterding Irrthümer der Rechtsgelehrten. Abh III. p. 78.

10) Die ebenfalls getäuſchten Schuldner haben gegen den Betrüger die condictio furtiva. L. 18. D. de condict. furtiva. l. 38. §. 1. D. de solut.

Endlich 5) in dem neuerlich so viel besprochenen und erörterten Falle, wenn Einer betrügerischerweise in der Absicht, das Kaufgeld nicht zu bezahlen, eine Sache auf Credit kauft, und sie dann an einen Dritten, welcher von der betrügerischen Absicht unterrichtet ist, weiter verkauft. Da findet gegen diesen Dritten weder eine Contractsklage, noch Vindication, wohl aber die actio doli statt [11]).

In allen dergleichen Fällen aber, pflegt man zu sagen, bedürfe es ja keiner actio doli, weil an deren Statt die ebenfalls zum Zweck führende actio in factum Statt finde. Und wenn man nun ferner annimmt, daß in Contracts-Verhältnissen blos die Contractsklage Platz ergreife (s. oben), so kommt man endlich auf das Ergebniß, welches B. C. von Behr in seiner Dissertation: de actione de dolo malo, malitiarum Romanis everriculo, suppellectile nostro foro minus necessaria. Gott. 1738. aufstellt, daß nämlich die actio doli überhaupt heutzutage eine unnütze Meuble sey. Ich bin damit zwar in so fern einverstanden, als ich glaube, daß man in unsern Gerichten rechtliche Genugthuung wegen eines erlittenen Betrugs würde erlangen können, auch ohne von der actio doli des römischen Rechts etwas zu wissen. Allein dieser Grund würde zu weit führen, weil nach ihm überhaupt die ganze Lehre des römischen Rechts von den Klagen ohne Nutzen seyn würde, was doch nicht ist; denn wenn auch die Klage in der Klagschrift nicht benannt wird, so ist es doch von Nutzen, mit der Kathegorie, unter welche sie gehört, bekannt zu seyn, weil oft die Fassung der Klage, so wie die derselben etwa entgegenstehenden Ausflüchte, und die Regeln der Beweisführung, davon mit abhängen.

Es ist auch die Sache durch Beantwortung der Frage: bedarf es einer actio doli? noch keineswegs abgethan, sondern man muß auch fragen: kann sie nach heutigen Rechts-

11) A. M. ist Gesterding a. a. O. p. 77. — Vergl. Gottschalk sel. discept. for. T. III. c. 31.

grundſätzen noch Statt finden? — und wenn kein zureichender Grund vorhanden iſt, ſie für unſtatthaft zu erklären, kann es nicht ſelbſt Gründe geben, ſie auch anzuwenden, und ihr vor andern Klagen den Vorzug zu geben?

Ich ſollte meinen: Ja! und wer es vermag, ſich von der Idee des prätoriſchen Edicts von der infamirenden Kraft dieſer Klage, welche durch dieſe ganze Materie vorſpukt, unſern heutigen Verhältniſſen und Anſichten von der infamia juris aber gar nicht angemeſſen iſt, loszureißen, der wird mir beiſtimmen. Nimmt man dieſe Idee hinweg, welche, ſo ſehr ſie auch im römiſchen Rechte die actio doli vor vielen andern auszeichnet, doch von dem Weſen derſelben keineswegs unzertrennlich iſt, ſo verſchwindet damit auch die, nur in Folge dieſer gehäſſigen Eigenſchaft von dem ſchonenden Prätor eingeführte ſubſidiariſche Natur derſelben, und die Worte des Edicts: Si alia actio non erit, haben für uns keine Bedeutung mehr.

Wornach ſoll man denn nun aber das Weſen und die unterſcheidenden Merkmale der actio doli, wenn ſie in dem Libell nicht benannt iſt, beſtimmen? — Antwort: nach dem Klaggrunde. Wenn nämlich der Kläger in der Klage behauptet, er ſey von ſeinem Gegner betrogen (hintergangen, hinterliſtig getäuſcht, unredlich behandelt u. ſ. w.) worden, und zugleich Thatſachen, welche dieſe Behauptung hinreichend erklären und rechtfertigen, anführt, ſo iſt die Klage auf einen Betrug gegründet, und ich begreife nicht, warum man dann die Klage nicht actio doli nennen ſoll, da ſowohl der Name als die Sache, im römiſchen Rechte unbeſtreitbar vorhanden iſt, und, bis auf wenige bereits erwähnte außerordentliche Attribute, noch vollkommen auf unſere heutigen Verhältniſſe paßt. Ja, dieſer Name iſt weit treffender, als der der actio in factum, welcher eigentlich nichts bedeutet, als eine Klage, welche nach gar keiner beſtimmten Form ſich richtet. Daher ſcheint mir auch in Contracts-Verhältniſſen, ſobald wegen Betrugs auf Aufhebung des Geſchäfts geklagt wird, die

actio doli, unter dieſem ihrem eigentlichen Namen, den Vorzug vor der Contractsklage zu verdienen. Wenigſtens iſt es mir immer widerſinnig vorgekommen, etwas, was man nicht gelten laſſen will, als Grundlage anzunehmen, um es ungültig zu machen, beinahe wie jener Menſch, welcher ſich an ſeinem eignen Haarzopfe aus dem Sumpfe ziehen wollte. Es bedarf vielmehr eines feſten Punktes außerhalb des Vertrags, um ihn aufzuheben, und dies iſt hier der ihm gerade entgegen ſtehende Rechtsſatz, daß betrügeriſche Geſchäfte unverbindlich ſind [12]). Daß es die Römer nicht widerſinnig fanden, die Contractsklage zu dem angegebenen Zweck eintreten zu laſſen, mag wohl daher kommen, theils weil ſie, ſo lange keine beſondere actio doli eingeführt war, doch in der actio ex contractu einen Nothbehelf gegen den Betrug fanden, um den in negotiis b. f. ſo höchſt nothwendigen Credit nicht ganz fallen zu laſſen [13]), theils auch, weil ihr Sprachgebrauch anders war als der unſrige, und z. B. in der allgemeinen Formel des Prätors: Si paret, Aul. Agerium Num. Negidio hominem vendidisse, tum, quantum N. Negidium A. Agerio ob eam rem dare facere oportet ex fide bona, tanti condemna, die Worte: ob eam rem, nur zu verſtehen ſind: bei jener Gelegenheit, wegen jener Sache, — nicht aber gerade: in Gemäßheit des geſchloſſenen Vertrags. Und ſo iſt es auch mit den Ausdrücken: ex emto, vendito und dergl., dahingegen, wenn bei uns Jemand ſagt, er klage aus dem Kaufe, dies immer den Sinn gibt, als wolle er ſagen: aus dem Inhalte des Kaufs. Auch ſcheint ſchon das neuere römiſche Recht hierin von den Anſichten des klaſſiſchen Zeit-

---

12) Dies haben auch die Ausleger häufig gefühlt, z. B. Noodt de forma emendandi doli mali cap. 12. init. Allein die Art, wie dieſer a. a. O. die Schwierigkeit zu löſen ſucht, iſt nicht befriedigend.

13) Daher ſie auch in dieſem Zuſammenhange als actio utilis vorkommt. Noodt a. a. O.

alters ſich zu entfernen, indem z. B. die Kaiſer Diocletian und Maximilian in l. 10. C. de rescind. vendit. dem Verkäufer die restitutio in integrum gegen den Käufer geſtatten, wobei es gewiß natürlicher iſt, an die prätoriſche Wiedereinſetzung vermittelſt der actio doli, als an die civilrechtliche Contractsklage, von welcher der Ausdruck restitutio in integrum ſonſt nirgends gebraucht wird, zu denken [14].

Ob übrigens die actio doli noch jetzt, wie nach römiſchem Recht, in zwei Jahren verjähre, kann nach dem Vorhergehenden nicht ſehr zweifelhaft ſeyn. Da nämlich auch jene kurze Verjährungszeit von dem Haſſe ſich herſchrieb, welcher wegen der Infamie auf der actio doli ruhte, ſo glaube ich, daß auch die adjecta mentio doli in der Klage nicht hindern kann, noch nach drei Jahren, und überhaupt in der gewöhnlichen Verjährungszeit damit hervorzutreten [15]. Denn warum ſoll es dem Kläger Nachtheil bringen, daß er das Benehmen ſeines Gegners mit dem wahren Namen bezeichnet? Das Unrühmliche, welches in der Sache ſelbſt liegt, fällt mit Recht auf ihren Urheber zurück: und kann der Kläger den Beweis nicht führen, ſo bleibt dem Beklagten dann immer noch nach Befinden der Umſtände die Privatgenugthuung wegen der Ehrenkränkung zu ſuchen unbenommen. Dagegen finde ich die Anſicht der römiſchen Juriſten, nach welcher man gegen Reſpectsperſonen nicht die actio doli, ſondern nur an ihrer Statt eine actio in factum anſtellen durfte (l. 11. §. 1. D. de dolo malo), in ſo weit löblich und auch jetzt noch anwendbar, als die Schicklichkeit es verlangt, gegen dergleichen Perſonen milderer und weniger verwundernder Ausdrücke ſich zu bedienen (in factum verbis temperanda est actio).

---

14) Anderer Meinung iſt Noodt a. a. O. cap. 15., in Opp. pag. 380.

15) Grönwegen de legib. abrogat. ad L. ult. C. de dolo mal. — A. M. iſt Stryk us modern. Lib. IV. Tit. 3. §. 3.

B. Von der exceptio doli.

Die exceptio doli hat, wie ſchon oben bemerkt, bald eine weitere Ausdehnung, als die actio doli erhalten, und zwar jeden Falles nicht durch Erläuternngen, oder nachträgliche Beſtimmungen im Edict, ſondern blos durch die Praxis. Anfänglich mochte ſie wohl nur als der reine Gegenſatz jener Klage, nämlich als gegründet auf einen vom Kläger begangenen wirklichen Betrug, gebraucht werden, wie dies die Formel bei Gajus IV. 119. zeigt: Si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit. In dieſem Sinne wird ſie von den Neueren [16]) die eigentliche, exc. doli *specialis*, genannt, zum Unterſchiede von der *generalis*, von welcher gleich weiter die Rede ſeyn wird. In dieſem eigentlichen Sinne kommt ſie auch in den römiſchen Rechtsbüchern oft vor, z. B. in

§. 1. J. de except.
l. 8. §. 6. D. de liberat. legat.
l. 36. pr. D. de verb. obl.
l. 3. C. de donat. ante nupt.
l. 6. C. solut. matrim.
l. 5. C. de inutil. stip.

Nach und nach aber ergriffen die römiſchen Juriſten dieſe Einrede als eine erwünſchte Gelegenheit, um die Härten des ſtrengen Rechts überhaupt zu mildern, und alle dem geſunden Rechtsgefühl widerſtrebende Anmaaßungen zu bekämpfen. Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit (l. 1. §. 1. D. de doli mali except.). Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est (l. 12. eod.). Jedoch geſchah dieſes blos in Fällen, wo der Kläger von den Umſtänden, welche ſeinem Anſpruche entgegen ſtanden, Kenntniß hatte,

16) Vergl. Hellfeld jurispr. for. §. 1895. Thibaut Syſtem Th. II. §. 1008. Note 5.

und alſo wider ſeine beſſere Ueberzeugung klagte, in welchem Falle man ihm dieſes als eine Art von dolus im weiteren Sinne anrechnen konnte. Auf eine Unrechtlichkeit in dieſem Sinne bezieht ſich der wahrſcheinlich erſt ſpäter in Gebrauch gekommene Zuſatz in der Formel (bei Gajus a. a. O.) in Si i. e. r. nih. dol. mal. act. fact. sit, *neque fiat* (scil. dum petit). So ſagt zwar Paulus in l. 8. pr. D. de dol. mal. except. und l. 173. §. 3. D. de reg. jur. dolo facit, qui petit, quod redditurus est: Allein derſelbe bemerkt auch wieder l. 177. §. 1. D. eod.: Nemo videtur dolo exequi, qui *ignorat causam*, *cur non debeat petere*. Cajus findet l. 42. D. eod. jeden Kläger tadelnswürdig, der einen unhaltbaren Rechtsanſpruch verfolgt, weil er ſich erſt hätte nach der Bewandniß der Sache fleißig erkundigen ſollen: allein er ſagt nicht, daß ihm deswegen ein dolus beigemeſſen werden könne. Ulpian ſpricht l. 36. D. de verb. obl. von einer wegen grober Beeinträchtigung ungültigen Stipulation, und meint, daß hier dem Stipulanten, auch wenn er nicht gerade auf Betrug ausgegangen ſey, doch die exc. doli entgegen ſtehe: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit. Allein er ſetzt hierbei doch immer die Ueberzeugung des Klägers voraus, daß dem andern Theile Unrecht geſchehe, wie ſich aus einer andern Stelle, l. 2. §. 5. D. de dol. mal. except., ergibt, wo er ſagt: Dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolasse; nisi si talis sit *ignorantia* in eo, ut dolo careat.

Dies iſt nun die bekannte ſ. g. exceptio doli *generalis*, ein Univerſal-Schutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche, auf Koſten des guten Glaubens, durch eine zu weit getriebene Strenge und einſeitige Conſequenz in Anwendung gewiſſer allgemeiner Rechtsſätze geſchehen können. Sie kam, wie unzählige Beiſpiele zeigen, nicht nur in judiciis stricti juris, ſondern auch in judiciis b. f. zur Anwendung, und

ihr Einfluß war so groß, daß durch sie ein judicium der ersteren Art sogar in ein judicium b. f. verwandelt wurde, d. h. der Judex bekam durch sie freiere Hand, in alle Umstände, die auf die Sache Einfluß haben konnten, tiefer einzugehen, auch wenn sie in der formula praetoris nicht ausdrücklich erwähnt waren. Denn natürlich beschränkte sich die letztere bloß darauf: si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat. Die Art und Weise aber, wie ein dolus actoris vorkommen konnte, war, wie oben gedacht, sehr unbestimmt; das Nähere darüber mußte sich in jedem Falle erst beim weiteren Verfahren ergeben, und es waren da tausend verschiedene Fälle möglich, auf welche die Formel Anwendung fand [17]). Wurde hingegen die Einrede auf das factum gerichtet (exc. in factum concepta), was man in der Regel auch thun konnte, ja, wenn der Kläger eine Respectsperson war, sogar thun mußte (l. 4. §. 16. D. de dol mal. exc.), so behielt die Sache die Eigenschaft eines judicii str. jur., weil alsdann der Prätor die Thatsache, in welcher der dolus des Klägers stehen sollte, mit bestimmten Worten in die Formel aufnehmen, und der Judex also daran sich binden mußte [18]). — Von den bonae fidei judiciis sagten die Römer (l. 21. D. solut. matrim. l. 84. §. 5. D. de legat. I.), daß in ihnen die exceptio doli schon von selbst begriffen sey, d. h. es gehörte zur richterlichen Pflicht des Judex, dieselbe, auch ohne daß sie in jure vorgebracht, und ohne daß er vom Prätor darauf verwiesen worden war, doch immer noch zu berücksichtigen.

Es gibt fast keine Einrede im ganzen Umfange des Pri-

17) Vgl. l. 42. D. de mort. caus. donat., l. 3. C. de except. seu praescr. Cujacius Lib. III. obs. 17.

18) So erscheint z. B. dieselbe Einrede, die in l. 5. C. de evict. als exc. doli aufgeführt wird, in l. 25. D. de act. emt. vend. als in factum concepta. Andere Beispiele liefert die oben citirte l. 4. §. 8. u. 16.

vatrechts, welche wir nicht in den römiſchen Rechtsbüchern in der Geſtalt einer exceptio doli vorkommen ſähen. Generaliter sciendum est, ſagt Ulpian in l. 2. §. 5. D. de dol. mal. exc., ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem. So findet ſie z. B. ſtatt

I) in Fällen, wo die Forderung auf einem faktiſchen Irrthume, oder einer Vorausſetzung, welche nicht eingetreten iſt, beruht, alſo der Beklagte, wenn er bereits Zahlung geleiſtet hätte, die condictio indebiti, oder sine causa, oder causa data causa non secuta, haben würde. L. 2. §. 3. D. de dol. mal. exc. „Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. — Si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit, nocere exceptionem.“ L. 4. §. 1, l. 7. pr. D. eod., l. 3. §. 7. D. de pecul.: „quod si filius meus debitor non fuisset, exceptione doli fidejussorem usurum.“ L. 5. §. 1. D. de act. emt. vend. „Si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest.“ L. 13. D. de jure dot., l. 84. §. 5. D. de legat. I., l. 2. §. 3. D. de donat.: „Si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim ei, cui donare volebas, exceptione doli mali tueri me potero.“ L. 2. §. 4. eod., l. 3. C. de condict. indeb.: Cum soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multe facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit, vel doli exceptio agenti opponitur.“

II) in Fällen, wo der Anſpruch auf einer turpi causa beruht, l. 8. D. de condict. ob turp. caus.

III) anſtatt der exceptio non numeratae pecuniae. L. 4. §. 16. D. de doli mali except., l. 29. pr. D. mandat., Gajus L. IV. §. 116.

IV) in allen Fällen, wo die Forderung, welche eingeklagt wird, schon wieder erloschen ist, also z. B.

1) als except. solutionis. L. 74. §. 2. in f. D. de judic., l. 1. C. de re judicat., l. 1. C. de exc. s. praescr., l. 4. §. 26. D. de dol. mal. exc. (welche Stelle jedoch mehr hinunter zu XIII. 3. gehört).

2) als exc. pacti conventi. Hier gilt die Regel, daß allenthalben, wo die exc. pacti Statt findet, auch exc. doli opponirt werden kann. Man vergl. z. B. l. 27. §. 5. D. de pact., l. 4. pr. D. de servit., l. 13. pr. D. de usuris, l. 44. §. 1. 2. D. de obl. et act., l. 2. §. 4. D. de dol. mal. exc., l. 5. C. de pact. — Sodann findet aber die exceptio doli auch in vielen Fällen in subsidium statt, wo das pactum nach strengem Rechte nicht gilt, und daher der Beklagte von der exc. pacti keinen Gebrauch machen kann. L. 7. §. 18., l. 10. §. ult., l. 21. §. 1. 2., l. 25. §. 2. D. de pact. — Auch kann die exc. pacti, wenn es bei dem Vertrage nicht redlich zugegangen ist, durch die replicatio doli wieder entkräftet werden. L. 35. D. de pact.

3) als exc. transactionis. L. 2. pr. [D. si quis caution., l. 23. §. 3. D. de condict. indeb.

4) als exc. novationis. L. 91. D. de solut. et lib.

5) als exc. confusionis, wenn die Forderung ganz oder zum Theil per confusionem crediti et debiti erloschen ist. L. 71. D. de fidejussor., l. 14. C. de rei vind.

Einer Gegenforderung wegen findet die exc. doli nicht Statt, weil man in diesem Falle die Klagforderung an sich nicht ungerecht oder unbillig nennen kann, sondern diese nur durch eine eben so richtige Gegenforderung aufgehoben wird. Ueberdieß geschieht die Compensation stets ipso jure [19].

Dagegen kommt die exc. doli ferner vor

---

19) Der unten unter XIII. 5. erwähnte besondere Fall, wo beide Ansprüche ganz auf Einen und denselben Gegenstand sich beziehen, kann wohl kaum als eine Ausnahme angeführt werden.

V) als Berufung auf das beneficium competentiae. L. 17. §. 2. D. solut. matrim.

VI) als Rechtsmittel wider Vollziehung eines auf Beſtechung, Gunſt oder Feindſchaft beruhenden ſchiedsrichterlichen Urtheils. L. 31., l. 32. §. 14. D. de recept., l. 3. C. eod.

VII) als exc. nondum ad impleti contractus. L. 5. C. de evict.

VIII) als exc. rei venditae et traditae. L. 17. D. de evict., l. 3. C. de reb. alien. non alienand.

IX) als exc. Legis Falcidiae oder SCti Trebelliani. L. 5. §. 1. D. de dol. mal. exc., l. 16. pr. l. 23. l. 80. §. 1. D. ad Leg. Falcid., l. 21. D. ad SC. Trebell.

X) in allen Fällen, wo die Klage mit den Beſtimmungen eines Teſtaments oder anderen gültigen letzten Willens im Widerſpruche ſteht, und alſo die Einrede ſo viel heißt, als: petis contra voluntatem defuncti. L. 4. §. 10. l. 17. §. 1. u. 3 D. de dol. mal. exc., l. 19. §. 1. D. de reg. jur. Daher gehört z. B. der Fall, wenn der Erbe eine Schuld einklagt, welche per legatum liberationis erlaſſen iſt (l. 8, §. 1. D. de dol. mal. exc., l. 3. §. 2. l. 26. — D. de liberat. legat., l. 18. §. 2. D. de mort. caus. donat.), oder wenn ein Vermächtniß eingeklagt wird, welches pro ademto zu achten iſt (l. 3. §. 11. l. 15. l. 22. D. de adim. vel transf. legat.), oder endlich, wenn der Legatar klagt, ehe die beigefügte Bedingung erfüllt iſt (l. 89. D. de condit. et demonstr.).

XI) als exc. plus petitionis, z. B. wenn einer zwei Klagen, welche ihm nur elective zuſtehen, zugleich anſtellt, und alſo die Sache doppelt fordert (l. 3. §. ult. D. naut. caup. stab., l. 28. D. de act. emt. vend., l. 84. §. 6. D. de legat. I.), oder wenn einer das Ganze fordert, da ihm doch nur ein Theil zukommt (l. 13. §. 9. D. de act. emt. vend., l. 85. D. de leg. I.).

XII) in allen Fällen, wo den Rechten nach ein Retentionsrecht Statt findet, so lange, bis die auf die Sache sich beziehende Gegenleistung erfolgt ist, namentlich

1) wegen der auf die Sache verwendeten Unterhaltungs- und Meliorationskosten. L. 4. §. 9. l. 5. §. 2. l. 14. D. de dol. mal. exc., §. 30. J. de rer. div., l. 39. §. 1. l. 50. §. 1. D. de hered. petit., l. 23. §. 4. l. 27. §. 5. l. 30. l. 65. D. de rei vind., l. 11. und 16. C. eod. — Doch ist hier die exc. doli nicht einmal nothwendig, indem der Aufwand, so bald er nur beim Judex zur Sprache kommt, von diesem schon von selbst berücksichtigt werden muß — id ipsum officio judicis continetur, nec exceptio doli desideratur — wenigstens bei Realklagen und judiciis b. f. l. 38. l. 58. D. de hered. petit., l. 48. D. de rei vind., l. 21. D. solut. matr.

2) wegen erlittener Schäden, z. B. wenn der Legatar den Wein nicht zur bestimmten Zeit abgeholt, und der Erbe deshalb, weil er immittelst sein Gefäß nicht benutzen können, Schaden gehabt hat. L. 8. D. de trit. vin. ol.

3) wegen anderer connexer Gegenleistungen, z. B. wenn der Pfandgläubiger gegen die Zahlung das Pfand nicht zurückgeben, oder der Schuldner das Pfand zurückfordern will, ohne den Gläubiger vollständig zu befriedigen. L 4. §. 8. D. de dol. mal. exc., l. 94. pr. D. de solut., l. un. C. etiam ob chirograph. pecun.

Es folgen nun

XIII) eine Menge Fälle, welche unter keine bestimmte Kathegorie zu bringen sind, und in welchen daher die exceptio doli ihr eigenthümliches, auch heutzutage noch offenes Feld findet. Nämlich

1) wenn der Beklagte mit der Einrede so viel sagen will, als: An mir hat es nicht gelegen (per me non stetit); du Kläger hast es selbst gewußt, oder so gewollt; du hast es dir selbst beizumessen (tibi imputato), z. B. wenn der Käufer es gewußt hat, daß der Sclave gern davon läuft, ihn aber

doch ohne Vorbehalt gekauft hat, und nun den Verkäufer wegen dieſes Fehlers belangen will (l. 4. §. 5. D. de dol. mal. exc.); wenn der Nießbraucher, ohne ſich ſein Recht vorzubehalten, in die Veräußerung der Sache ausdrücklich gewilligt hat (l. 4. §. 12. D. eod.); wenn der Gläubiger die an einen Fremden geſchehene Zahlung nachher genehmigt hat (l. 12. §. 2. D. ratam rem hab.); wenn der Fideicommiſſar, nachdem er das Fideicommiß bereits ausgeſchlagen hat, nachher doch darauf klagt (l. 26. C. de fideicomm.); wenn der Gläubiger daran Schuld war, daß der Schuldner das Geld, womit er ihn eben bezahlen wollte, verlor (l. 6. D. de dol. mal. exc.); oder wenn er die Zahlung nicht annahm, und nachher doch auf das Interesse morae klagt, oder die Sache immittelſt ohne Hinzuthun des Schuldners untergegangen iſt (l. 84. §. 3. D. de leg. I., l. 73. §. 2. D. de verb. obl.); wenn ferner nach dem Tode des Gläubigers Niemand da war, an welchen man mit Sicherheit zahlen konnte, und der Erbe doch Verzugszinſen auf die Zeit fordert (l. 9. §. 1. D. de usur.); wenn Jemand das Vorkaufsrecht hat, und auf die wiederholte Anzeige des Beſitzers der Sache, daß er verkaufen wolle, ſich in einer angemeſſenen Friſt nicht erklärt, nachher aber doch auf die bedungene Conventionalſtrafe klagt (l. 122. §. 3. D. de verb. obl.); endlich, wenn Jemand auf Leiſtung der Eviction klagt, ob er ſchon unterlaſſen hat, im Evictionsproceſſe litem zu denunciren (l. 29. §. 3. D. de legat. III.).

2) Wenn zu dem Kläger geſagt werden kann: Tua non interest. L. 2. §. ult. D. de verb. obl.

3) Ueberall, wo die Regel Anwendung leidet, daß Niemand mit fremden Schaden ſich bereichern dürfe. Daher gehören z. B. alle die Fälle, wenn an einen Pflegbefohlenen Zahlung geleiſtet worden iſt, und den auf wirkliche legale Zahlung klagenden Vormündern nachgewieſen werden kann, daß das Geld in den Nutzen des Pflegbefohlenen verwendet worden. L. 4. §. 4, l. 16. D. de dol. mal. exc., §. 2. in f.

J. quib. alienare lic., l. 7. §. 5. l. 13. in f. D. de reb. eor. qui sub tut., l. 7. §. 1. D. de curat. fur., l. 4. D. de exceptionib., l. 9. C. ae usucap. pro emt. — Sodann auch bei jeder andern versio in rem. L. 6. in f. D. de dol. mal. exc.

4) Wenn die Rechtsregel eintritt, daß Niemand die Sache und deren Werth verlangen kann. L. 14. §. 2. D. de condict. furt., l. 77. §. 5. D. de legat. II.

5) Wenn Jemand eine Sache in Anspruch nimmt, ohne doch die darauf haftenden Lasten anerkennen zu wollen, z. B. in l. 18. D. de servitut., l. 81. §. 3. l. 116. §. 4. D. de legat. I.

6) Wenn ein Contrahent in einer Rücksicht mehr, in der andern aber weniger leistet, als er versprochen hat, so kann er, mit Hülfe der exc. doli, den Mitcontrahenten auf das Erstere verweisen, und verlangen, daß das Mehr und Weniger gegen einander compensirt werde. L. 42. D. ne act. emt. vend.

Endlich ist

XIV) noch zu bemerken, daß die actio doli, im Geiste des römischen Rechts, ein bewährtes Mittel darbietet gegen alle Sophismen, Trugschlüsse und Subtilitäten, durch welche entweder das Recht absichtlich verdreht, oder wenigstens unter gewissen zufälligen Verwickelungen der Richter in Verlegenheit gesetzt werden kann. Ein merkwürdiges Beispiel hiervon liefert die l. 88. pr. §. 1. D. ad L. Falcid. Der Fall ist nämlich dieser: Der Testirer, welcher überhaupt 400 Sestertien hinterläßt, vermacht 300 davon an verschiedene Personen, und stiftet hierauf noch überdieß ein Legat von 100, jedoch nur unter der Bedingung, wenn der Erbe sein Falcidisches Viertheil unverkürzt erhalte. Hier sieht man, wie man auch entscheiden mag, sich in Verlegenheit. Nimmt man an, das Legat der letzten 100 sey gültig, so bleibt für den Erben nichts übrig, und es ist also die Bedingung, unter welcher es gelten

ſollte, nicht eingetreten. Nimmt man aber an, es ſey ungültig, ſo bleibt die Falcidiſche Quart unverkürzt, und die Bedingung des Legats iſt erfüllt. Hier nun iſt lediglich auf den vermuthlichen Willen des Teſtirers zu ſehen, welcher, dem ganzen Zuſammenhange nach, darin beſteht, daß durch das letzte Legat weder der Erbe, noch die frühern Vermächtniſſe, geſchmälert werden ſollen. Es muß alſo hinwegfallen. — Wären hingegen nur 200 voraus legirt worden, und beſtände das letzte, ſtreitige Vermächtniß auch in 200, ſo würde das letzte zur Hälfte beſtehen, und ſo, ohne daß die übrigen Legatarien etwas verlieren, auch der Erbe ſein Quart behalten. So entſcheidet der Verfaſſer obiger Stelle, Africanus, indem er ſagt: *Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit.* Er rechnet dieſen Fall unter die von den Dialektikern ſo genannten ἀπόρα, ψευδομένα, perplexa, inexplicabilia, Sätze, welche, man mag ſie nun bejähen oder verneinen, zu einem falſchen Reſultate zu führen, und ſich durch ſich ſelbſt aufzuheben ſcheinen. Dergleichen kommen im Gebiete des Rechts mehrere vor. Siehe Cujacius im tractatu ad Africanum Lib. V. ad l. 88. cit. (opp. prior. Hannov. 1602. p. 458.) — Auch gehören hierher die Beiſpiele, welche A. Gellius (in den noctibus Atticis L. V. c. 10. und L. IX. cap. ult.) unter dem Namen ἀντιστρέφοντα aufführt, nämlich Fälle, wo man dieſelben Gründe, welche der Gegner anführt, herumdrehen, und auf gleiche Weiſe auch gegen ihn anwenden kann. Beſonders iſt der Fall in Lib. V. c. 10. intereſſant: Der berühmte Sophiſt Protagoras hatte ſich von ſeinem Schüler, Evathlus, welchen er in der gerichtlichen Beredtſamkeit unterrichtete, ein anſehnliches Honorar bedungen, wovon er die eine Hälfte ſogleich bezahlt erhielt, die andere aber dann erhalten ſollte, wenn Evathlus den erſten Proceß vor Gericht gewinnen würde. Nachdem nun der Unterricht beendigt und eine geraume Zeit vergangen war, ohne daß Evathlus Anſtalt machte, öffentlich aufzutreten, ſo erhob Protagoras Klage

gegen ihn auf Bezahlung des rückständigen Honorars. Wollten nun die Richter den Beklagten verurtheilen, so konnte dieser aus dem Grunde die Entscheidung anfechten, weil er noch keinen Proceß gewonnen hatte, und also der bestimmte Zeitpunkt der Zahlung noch nicht eingetreten war. Wollten sie dagegen, mit Rücksicht auf diesen Umstand, den Kläger abweisen, so gewann hierdurch Evathlus den Proceß, somit war die Bedingung erfüllt, und daher die Zahlung fällig. Die Athenienſischen Richter ließen, wie Gellius erzählt, die ganze Sache unentſchieden, und zogen ſich ſo auf eine nicht eben glänzende Art aus der Verlegenheit. Es iſt ſchwer, zu vermuthen, was zu Protagoras Zeiten in Rom in dieſem Falle geſchehen ſeyn würde. Allein in ſpäteren Zeiten des ausgebildeten Civilrechts würde ein römiſcher Juriſt nicht lange zweifelhaft geblieben ſeyn, indem bei Feſtſetzung des Zahlungstermins für die zweite Hälfte des Honorars gewiß nicht an den über dieſen Gegenſtand unter den Contrahenten ſelbſt möglichen Rechtsſtreit gedacht wurde, ſondern die Worte: quo primo die causam apud judices orasset, et vicisset, wenn man ſie bona fide erklärt, nur von einem von Evathlus gegen irgend einen dritten durch ſeine Beredſamkeit zu erringenden Sieg zu verſtehen ſind. Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erat.

Fragt man nun nach dem heutigen Nutzen dieſer Exception, ſo bin ich auch hier auf manche den Werth dieſes Rechtsmittels herabſetzende Einwürfe gefaßt. Man wird ſagen: Nicht dem Rechtsmittel, welches doch nur eine bloße Form ſey, ſondern der geſunden Vernunft, aus welcher ſich die dem Gebrauche deſſelben zur Grundlage dienenden Rechtsgrundſätze entwickelt haben, verdanke man die richtige Entſcheidung in allen dergleichen Fällen, und ein theoretiſch gebildeter Juriſt werde in vorkommenden Fällen ſchon wiſſen, was er zu thun habe, ohne erſt in ſeinem Corpus juris nachzuſchlagen, ob für dieſen Fall ein römiſcher Rechtsgelehrter eine exceptio doli angenommen habe, oder nicht.

Hierauf habe ich jedoch Folgendes zu erwiedern:

Man muß auch die Form nicht zu ſehr verachten. Wenn der Gedanke die Seele iſt, ſo iſt dagegen die Form der Körper, durch welchen erſterer in das Leben eingeführt und in den Stand geſetzt wird, auf die Außenwelt zu wirken. So verhält ſich auch der Rechtsgrundſatz zu dem Rechtsmittel; ſo würde das allgemeine Princip der Billigkeit, ohne die beſtimmte praktiſche Form, in welcher es durch die exc. doli hervortritt, eines Theils ſeiner praktiſchen Wirkſamkeit entbehren. Auch iſt es beſſer, an dieſe im römiſchen Rechte nun einmal angenommene Form und an dieſen Namen ſich zu halten, als an deſſen Statt in den ganz vagen und ſchwankenden Begriffen von exc. non competentis actionis, und deficientis fundamenti agendi ſich herumzutreiben, womit in praxi ſo häufig dasjenige bezeichnet wird, was das Civilrecht unter exceptio doli generalis verſteht. Und wenn es nicht zu läugnen iſt, daß im Gebiete der Rechtsanwendung die Form häufig an das Weſen der Sache mit erinnern muß, ſo wird auch derjenige, welchem der Begriff und die Natur der exceptio doli deutlich vorſchwebt, in zweifelhaften Fällen, wo dieſelbe Anwendung leidet, leichter im Stande ſeyn, eine richtige Rechtsanſicht zu faſſen.

Wenn wir von einem theoretiſch-gebildeten Juriſten ſprechen, ſo können wir uns, nach dem bei uns nothwendigen Gange der rechtlichen Studien, nur einen ſolchen denken, welcher ſeine Ausbildung hauptſächlich dem römiſchen Rechte verdankt. Die Lehre von der exc. doli iſt aber ein Beſtandtheil des römiſchen Rechts, und es iſt daher die Fähigkeit des Richters, gerecht und billig zu entſcheiden, mit auf die Kenntniß dieſer Lehre gegründet. Aber auch abgeſehen hiervon kann ich nicht zugeben, daß die Entſcheidung aller Fälle, wo die exc. doli Platz ergreift, an ſich ſchon ſo ohne alle Schwierigkeit ſey. Man befindet ſich hier auf dem unſichern Boden, wo das ſtrenge Recht mit der Billigkeit, und die wahre Billigkeit wiederum mit der falſchen, oft unmerklich zuſammen-

gränzt. Wie oft bleibt da der Richter, wenn ſein Gefühl ſich zu der billigeren Anſicht hinneigt, mißtrauiſch vor der Betrachtung ſeines Innern ſtehen, prüfend, ob dieſes ſein Gefühl ihn auch richtig leite, und er damit vor der Gerechtigkeit beſtehen könne! Gewiß erſcheint es ihm dann als ein willkommener Leitſtern in dem Dunkel des Zweifels, wenn er findet, daß in ähnlichen, oder wenigſtens analogen Fällen, die römiſchen Juriſten mit der exc. doli zu Hülfe kamen.

Dieſer Nutzen der exc. doli zeigt ſich hauptſächlich in den oben unter XIV. angegebenen Fällen. Sie ſchleift die allzu ſcharfen Spitzen des Rechts (apices juris) ab, in welchen eben ſo gern der vordringende Scharfſinn der Juriſten ſich verliert, als der rohere Sinn des gemeinen Mannes an dem Abentheuerlichen, welches alle Uebertreibungen in der Anwendung des ſtrengen Rechts zu begleiten pflegt, ſich ergötzt.

Bei dieſer Gelegenheit möge noch ein Beiſpiel aus der neueſten Zeit hier einen Platz finden: Ein reicher Engländer miethete in Paris einen Fiacker, ließ ihn vor einem großen Hauſe vorfahren und befahl ihm, indem er in das Haus hineinging, auf ihn zu warten bis er wieder käme. Er kam aber nicht. Als es Nacht ward, ſpannte der Kutſcher ſeine Pferde aus, zog ſie in den gegenüber liegenden Gaſthof, und ließ es ſich daſelbſt vier Tage und Nächte lang ganz wohl ſeyn. Endlich ergab es ſich, daß der Engländer in dem Hauſe unerwarteten Aufenthalt gefunden, und nachher zu Fuß durch das Hinterhaus ſich wieder entfernt hatte, ohne an Wagen und Kutſcher weiter zu denken. Der letztere erhob nun gegen ihn eine Klage auf eine anſehnliche Entſchädigung und Erſtattung der Zehrung auf die ganze Zeit ſeines vergeblichen Wartens. Dem ſtrengen Rechte nach war dieſe Klage gegründet, weil der Kläger dem Befehl ſeines Miethers pünktlich nachgekommen war. Ich erinnere mich, auch in öffentlichen Blättern geleſen zu haben, daß die Richter ſo entſchieden. Allein bei näherer Anſicht mußte die Klage, bis auf

einen kleinen Theil des Objects, unſtatthaft erſcheinen: per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erat. Denn welcher vernünftige Menſch wird, bei einem Wege aus einem Theile der Stadt in den andern ſeinen Fiacker mehrere Tage und Nächte lang auf ſich warten laſſen wollen? Der Kutſcher mußte daher vermuthen, daß etwas Beſonderes vorgefallen ſey. Er mußte nach Verlauf einiger Stunden, und nach vergeblich gehaltener Nachfrage in dem Hauſe, wo der Engländer hineingegangen war, zu Hauſe fahren. So aber handelte er nicht bona fide, ſondern wollte offenbar nur die Gelegenheit ergreifen, den Fremden tüchtig zu prellen.

Zum Beſchluß verdient noch der Grundſatz des römiſchen Rechts einer Erwähnung, daß gegen die exceptio doli keine replicatio doli Statt findet, und zwar aus dem vernünftigen Grunde, weil, wenn beide Theile unredlich gehandelt haben, keinem daraus ein Recht erwächſet, die richterliche Hülfe in Anſpruch zu nehmen, woraus dann weiter folgt, daß derjenige am beſten wegkommt, welcher im Beſitze iſt, und der richterlichen Hülfe nicht bedarf, alſo der Beklagte. L. 4. §. 13. D. de dol. mal. exc. — Doch iſt dies nur von der exc. doli specialis zu verſtehen, nicht von der allgemeinen. Vgl. l. 35. D. de pact.

XXI.

Beiträge zum Waſſerrechte.

Von Herrn Dr. Funke, Advokaten in Chemnitz.

Nachdem der im vorigen Hefte dieſes Archivs abgedruckte Aufſatz ſchon an die Redaktion deſſelben abgeſendet war, erſchien des Herrn Dr. Carl Fridrich Günthers Quaestionum de jure aquarum specimen. II. III. et IV., als eben ſo viele Programme. Die in derſelben aufgeſtellten An-